



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

17. Frühjahrstagung

vom 31. März bis 01. April 2017 in Leipzig

Der befangene Sachverständige

**Interessenskonflikte von medizinischen
Sachverständigen in gerichtlichen Verfahren**

Rechtsanwalt Dr. Florian Wölk
Saarbrücken



GIRING LORDT WÖLK
Rechtsanwälte

Der befangene Sachverständige

Interessenskonflikte von medizinischen
Sachverständigen in gerichtlichen Verfahren

Vortrag Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht Leipzig
01.04.2017

Dr. Florian Wölk

Fachanwalt für Medizinrecht

www.ra-glw.de

Blog: <http://medizinrecht.ra-glw.de>



Mögliche Interessenskonflikte von gerichtlichen Sachverständigen – aktuelles Fallbeispiel

- Aktuell werden in Deutschland zahlreiche Verfahren über die Vergütung moderner Verfahren in der Strahlentherapie geführt – sog. intensitätsmodulierte und bildgeführte Strahlentherapie (IMRT/IGRT)
- Sehr aufwendiges Verfahren mit teuren Geräten – Kosten pro Behandlung zwischen 20.000,00 € und 25.000,00 €
- Der PKV-Verband konnte sich mit Berufsverband Deutscher Strahlentherapeuten e.V. (BVDST e.V.) nicht über Analogvergütung nach § 6 Abs. 2 GOÄ einigen – Auf Basis einer Empfehlung des BVDST e.V. verabschiedete die Bundesärztekammer am 18.02.2011 daher eine Abrechnungsempfehlung über die analoge Anwendung der GOÄ-Ziffer 5855
- Dies wird weitgehend akzeptiert – insb. die Landeskrankenhilfe VVaG akzeptiert diese Abrechnung aber grundsätzlich nicht, was zu zahlreichen gerichtlichen Verfahren in Deutschland führt
- Erste Entscheidungen sind nun veröffentlicht worden (alle nicht rechtskräftig):
 - LG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2016 – 5 O 253/15 – und vom 02.08.2016 – 5 O 179/13 -
 - LG Saarbrücken, Urteil vom 06.02.2017 – 16 O 282/14 –



Gibt es überhaupt neutrale Sachverständige?

- In vielen Verfahren werden von Seiten der Krankenversicherungen fast alle vorgeschlagenen Sachverständigen als befangen abgelehnt, weil diese Mitglieder im BVDST e.V. sind und/oder die Behandlung selbst abrechnen
 - Da insbesondere die Landeskrankenhilfe VVaG derzeit an einer Vielzahl gerichtlicher Verfahren beteiligt ist, sind fast alle namenhaften Experten in Deutschland auch Partei in einem der zahlreichen Parallelverfahren oder zumindest Mitglied im BVDST e.V.
 - In einem aktuellen Verfahren versucht das Landgericht Karlsruhe seit drei Jahren einen Sachverständigen zu bestimmen
- Gibt es überhaupt noch neutrale Sachverständige für ärztliche Liquidationen in diesem Bereich?



Gibt es überhaupt neutrale Sachverständige?

- Das Landgericht München lehnte einen entsprechenden Befangenheitsantrag ab (vgl. Beschluss des LG München vom 20.10.2015 - 9 O 28346/13 -)

„Hier offenbart sich in der Tat ein Dilemma im Rahmen der Beweiserhebung: Ein Sachverständiger kann nur dann aus eigener, notwendiger Sachkunde das Erfordernis einer Behandlung und ihre Abrechnung begutachten, wenn er selbst diese Behandlung vornimmt. Das setzt aber notwendig auch voraus, dass er seine Behandlung auch abrechnet. Tut er dies in der von der Klägerin vertretenen Weise, so ist – der Argumentation des Beklagten und seines Streithelfers folgend – seine Voreingenommenheit zu Gunsten der Klägerin zu befürchten. Täte er dies in der von dem Beklagten und dem Streithelfer vertretenen Weise, so wäre – in zwangsläufiger reziproker Anwendung der gleichen Argumentation – seine Voreingenommenheit zu deren Gunsten zu befürchten. Dieses Dilemma lässt sich nur so auflösen, dass sich die Beteiligten im Verfahren mit einem aus eigener Erfahrung sachkundigen Sachverständigen mit dessen Argumentation intensiv und kritisch auseinandersetzen.“



Gibt es überhaupt neutrale Sachverständige?

- Das Oberlandesgericht München hob den Beschluss allerdings auf und gab den Befangenheitsanträgen statt (vgl. Beschluss des OLG München vom 22.12.2015 – 21 W 1921/15 -)

„Der Senat verkennt nicht, dass bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze die Auswahl eines medizinischen Sachverständigen im Einzelfall schwierig sein kann, weil in Deutschland viele qualifizierte, als Sachverständige in Betracht kommende Ärzte, die ein Gutachten zur medizinischen Notwendigkeit der Heilbehandlung erstatten könnten, zugleich diese Heilbehandlung nicht nur selbst durchführen, sondern auch (privat) liquidieren werden, was zwar nicht in jedem Fall dazu führen wird, aber doch die Möglichkeit eröffnet, dass sie sich zu der Fragestellung, zu der sie als unabhängiger Sachverständiger Stellung nehmen dürfen, während des Prozesses anderweitig quasi als Partei äußern. Diese Möglichkeit besteht aber beispielsweise nicht bei der Beauftragung von Sachverständigen, die als angestellte Ärzte oder in Österreich tätig sind.“



Rechtsgrundlagen der Befangenheit von Sachverständigen

- Ärztliche Sachverständiger können unter den gleichen Voraussetzungen wie Richter abgelehnt werden - § 406 Abs. 1 ZPO iVm. §§ 41, 42 ZPO
- Es muss ein Grund vorliegen, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der vom Gericht beauftragte Sachverständige nachweisbar parteilich ist oder ob das Gericht selbst Zweifel an der Unparteilichkeit des Gutachters hat. Es muss aber um solche Tatsachen oder Umstände gehen, die vom Standpunkt einer vernünftigen, nüchtern denkenden Partei die Befürchtung hervorrufen können, der Sachverständige habe sein Gutachten nicht unvoreingenommen und objektiv erstattet (vgl. nur BGH, Beschluss vom 15.03.2005 - VI ZB 74/04 – sowie vom 11.06.2008 - X ZR 124/06 -).
- Nach § 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Ablehnungsantrag spätestens jedoch binnen zwei Wochen nach Verkündung oder Zustellung des Beschlusses über die Ernennung zu stellen. Zu einem späteren Zeitpunkt ist die Ablehnung gem. § 406 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur zulässig, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden verhindert war, den Ablehnungsgrund früher geltend zu machen. Ergibt sich der Befangenheitsgrund erst aus der Auseinandersetzung mit dem Gutachten, ist der Antrag nicht verspätet, wenn er innerhalb der Frist zur Stellungnahme zum Gutachten nach § 411 Abs. 4 ZPO erfolgt (BGH, Beschluss vom 15.03.2005 – VI ZB 74/04 -).



Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung

Befangenheit bejaht

- Berufliche Verbindung zu einer Partei – etwa Tätigkeit für den MDK (vgl. OLG Thüringen, Beschluss vom 22.08.2016 – 6 W 66/16 -)
- Bezeichnung einer Partei als „Prozeshansel“ (OLG Hamm, Beschluss vom 28.07.2015 – 9 U 160/13 -)
- Eigenmächtige Überschreitung des Gutachtenauftrags (OLG Köln, Beschluss vom 18.10.2016 – 24 W 44/16 -)
- Fehlende Anzeige der jahrelangen wissenschaftlichen Zusammenarbeit mit einer Partei (OLG Celle, Beschluss vom 10.02.2016 – 1 W 2716 -)

Befangenheit verneint

- Zusammenarbeit in einem Kompetenzzirkel (LG Stuttgart, Beschluss vom 16.06.2016 – 27 O 73/13 -)
- Äußerung des Unverständnisses darüber dass erforderliche Dokumentation der Operation fehlt (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 09.06.2016 – 8 W 33/16 -)
- Eigene geschäftliche Tätigkeit des Sachverständigen auf dem Gebiet des Gutachtens (LG Freiburg, Beschluss vom 25.04.2016 – 12 O 115/13 -)
- Aufgabenwahrnehmung ein einer unparteiischen Expertenkommission (OVG NRW, Beschluss vom 08.06.2013 – 13 E 341/16 -)



Neues Sachverständigenrecht - Transparenz

- Kernproblem bei der Beurteilung der Neutralität von Sachverständigen für die Parteien ist meist, dass Verstrickungen des Sachverständigen den Parteien nicht bekannt sind oder sich erst im Verlauf des Verfahrens ergeben
- Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts vom 11.10.2016 daher einige Neuerungen aufgenommen, die möglichen Interessenkonflikten von Sachverständigen entgegenwirken sollen
 - In § 404 Abs. 2 ZPO wurde die in der Praxis bewährte Regelung zur Anhörung der Parteien über die Person des Sachverständigen ins Gesetz aufgenommen
 - Nach § 407a Abs. 2 ZPO muss der Sachverständige von sich aus mögliche Interessenskonflikte prüfen und dem Gericht unverzüglich mitteilen. Verstöße gegen die Mitteilungspflicht können mit einem Ordnungsgeld bestraft werden.
- Schuldhafte Verstöße gegen § 407a Abs. 2 ZPO können auch zum Verlust des Vergütungsanspruchs führen - § 8a Abs. 1 JVEG



Neues Sachverständigenrecht - Beschleunigung

- Ein weiteres Problem war die teilweise erhebliche Verzögerung der gerichtlichen Verfahren aufgrund der Dauer der Gutachtenerstellung.
- Dabei haben nur ca. 50 % der Gerichte in der Vergangenheit die Möglichkeit zu einer Fristsetzung an den Sachverständigen genutzt („Soll“-Vorschrift in § 411 Abs. 1 ZPO aF.)
 - Dabei haben 75 % aller Sachverständigen die gesetzten Fristen nicht eingehalten. Die durchschnittliche Dauer der Fristüberschreitung betrug 4,9 Monate. Darauf haben die Mehrzahl der Gerichte nur mit Sachstandsfragen reagiert.
- Nach § 411 Abs. 1 ZPO wird den Gerichten nun eine obligatorische Fristsetzung an den gerichtlichen Sachverständigen zur Fertigstellung des Gutachtens aufgegeben.
- Der gerichtliche Sachverständige muss ferner bei Erteilung des Gutachtenauftrags prüfen, ob er den Auftrag innerhalb der Frist erledigen kann. Wenn dies nicht der Fall ist, muss er dies unverzüglich mitteilen - § 407a Abs. 1 ZPO.
- Bei Versäumung der Frist soll nach Androhung gegen den Sachverständigen ein Ordnungsgeld festgesetzt werden – bis zu 3.000,00 € - § 411 Abs. 2 ZPO
- Das Gesetz sieht nun auch ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass Gutachten schriftlich ergänzt werden können - § 411 Abs. 3 Satz 2 ZPO



Wer will noch Sachverständiger sein?

- Durch die neuen Regelungen in §§ 411 und 407a ZPO werden die Pflichten des gerichtlichen Sachverständigen verschärft
- Gleichzeitig mehreren sich Verfahren zur Frage der Haftung von gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB – z.B. aktuelles „Kuss“-Verfahren in Saarbrücken
- Insgesamt wird die Tätigkeit als gerichtlicher Sachverständiger „gefährlicher“ – allerdings waren viele Regelungen in der Praxis schon etabliert; es bestand nur ein „Vollzugsdefizit“
- Das vorhandene „Vollzugsdefizit“ mag vom praktischen Problem beeinflusst werden, dass die Gerichte teilweise erhebliche Probleme haben, qualifizierte Sachverständigen zu finden und es sich nicht mit den bewährten Sachverständigen „verderben“ wollen.
- Dieses Problem der Praxis wird sich kaum durch eine Verschärfung der Pflichten des gerichtlichen Sachverständigen lösen lassen, sondern nur durch die Schaffung von Anreizen und Anforderungen an die Qualifikation von gerichtlichen Sachverständigen



Neue BGH-Rechtsprechung - I

Sachverständiger und Schlichtungsverfahren

- In der Praxis war die Bewertung von Ergebnissen vorangegangener Schlichtungsverfahren in Arzthaftungsfällen in späteren gerichtlichen Verfahren schwierig.
- In seiner älteren Rechtsprechung hatte der BGH bereits entschieden, dass ein in einem außergerichtlichen Schlichtungsverfahren eingeholtes Sachverständigengutachten in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren als Urkundenbeweis gewürdigt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 06.05.2008 – VI ZR 250/07 -)
- Mit dem Beschluss vom 13.12.2016 (- IV ZB 1/16 -) hat der BGH unter Hinweis auf § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 41 Nr. 8 ZPO verneint, dass der Sachverständige aus dem Schlichtungsverfahren in der gleichen Angelegenheit auch als gerichtlicher Sachverständiger bestellt werden kann.
- Nach dem Bundesgerichtshof ist auch das Schlichtungsverfahren vor den Gutachterstellen der Ärztekammern für Behandlungsfehler ein Verfahren im Sinne des § 41 Nr. 8 ZPO. Dabei bezweifelt der BGH zwar, dass der Gesetzgeber die sich ergebende Konsequenz der Anwendung des § 41 Nr. 8 ZPO über § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf den gerichtlichen Sachverständigen erkannt hat, jedoch folge der Ausschluss des gerichtlichen Sachverständigen auch aus dem Sinn und Zweck des § 41 Nr. 8 ZPO. Der BGH betont die besondere Rolle des gerichtlichen Sachverständigen in Arzthaftungsprozessen, weil dessen Gutachten den Ausgang der gerichtlichen Verfahren erheblich beeinflusse. Nach Ansicht des BGH würde es daher den Sinn und Zweck von außergerichtlichen Schlichtungsverfahren („vertrauensvolle Atmosphäre“) gefährden, wenn die Beteiligten befürchten müssten, dass der dort tätige Gutachter auch erheblichen Einfluss auf ein späteres gerichtliches Verfahren hätte.



Neue BGH-Rechtsprechung - II Sachverständiger und Privatgutachten

- Der BGH hat mit Beschluss vom 10.01.2017 (- VI ZB 31/16 -) entschieden, dass ein Sachverständiger auch dann wg. der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann, wenn für einen am Verfahren nicht beteiligten Dritten ein entgeltliches Privatgutachten zu einer gleichartigen Fragestellung erstellt hat und die Interessen der Parteien des Verfahrens in gleicher Weise kollidieren
- Nach dem BGH kann zwar von einem Sachverständigen erwartet werden, dass er bereit ist, seine zuvor gewonnene Überzeugung zu überprüfen und ggf. zu korrigieren, so dass die Ablehnung eines gerichtlich beauftragten Sachverständigen, der in einem vergleichbaren gerichtlichen Verfahren ebenfalls ein Gutachten erstattet hat, grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist.
- Im Falle seiner Beauftragung mit einem Privatgutachten mit einer der an der jeweiligen Streitigkeit beteiligten Personen ist der gerichtliche Sachverständige aber anders als beim gerichtlichen Auftrag vertraglich verbunden. Beurteilt er diesen Sachverhalt später anders, so setzt er sich möglicherweise dem Vorwurf seines früheren Auftraggebers aus, das Privatgutachten nicht ordnungsgemäß erstattet oder sonstige vertragliche Pflichten verletzt zu haben.
- Diesem Vorwurf seines Auftraggebers kann der Sachverständige sich auch dann ausgesetzt sehen, wenn an der Streitigkeit, in der er später als Gerichtssachverständiger tätig wird, andere Personen beteiligt sind, es aber um einen gleichartigen Sachverhalt und eine gleichartige Fragestellung geht.
- Dies gilt nach dem BGH jedenfalls dann, wenn die Interessen der jeweiligen Parteien in beiden Fällen in gleicher Weise kollidieren. Die Möglichkeit eines Konflikts des Sachverständigen zwischen Rücksichtnahme auf den früheren Auftraggeber und der Pflicht zu einer von der früheren Begutachtung losgelösten, objektiven Gutachtenerstattung im Auftrag des Gerichts ist nach Ansicht des BGH geeignet, das Vertrauen des Ablehnenden in eine unvoreingenommene Gutachtenerstattung zu beeinträchtigen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



GIRING LORDT WÖLK
Rechtsanwälte PartGmbH

Rathausplatz 8